

学校编码: 10384

学号: 13620101150234

分类号 _____ 密级 _____

UDC _____

廈門大學

硕士学位论文

美国商业言论的宪法保护研究

The Research of Constitutional Protection of Commercial Speech in the United States

陈于立

指导教师姓名: 周刚志 副教授

专业名称: 宪法学与行政法学

论文提交日期: 2013 年 7 月

论文答辩时间: 2013 年 7 月

学位授予日期: 2013 年 月

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

2013 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1.经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2.不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

本文主要通过美国联邦最高法院的判例，展现美国司法界对商业言论管制的司法审查态度。并以相关判例的回顾为脉络，分析受美国宪法第一修正案保护的商业言论所涉利益及其潜在的价值。

第一章介绍了美国联邦最高法院对商业言论的界定。这一部分回顾了联邦最高法院在界定商业言论上的努力与成果，并归纳了联邦最高法院在界定商业言论时考虑的三个重要因素。

第二章介绍了美国商业言论管制的司法审查基准。本部分主要梳理了商业言论管制的司法审查基准的发展脉络，简要介绍了三重审查基准、双轨理论和双阶理论以及四步分析法的缘起与内涵。

第三章介绍了美国联邦最高法院在保护商业言论上的态度的转换。在保护商业言论的问题上，联邦最高法院的判决从最开始的不予保护，到认可商业言论的价值并给予保护，并最终确立了审查商业言论管制的“四步分析法”。本章还介绍了“四步分析法”确立以后，联邦最高法院在审查对宣传特殊商品的言论管制时，对“四步分析法”的调适与发展，也在一定程度上反映了联邦最高法院审查商业言论管制的最新态度。

第四章分析了受美国宪法第一修正案保护的商业言论所涉利益以及潜藏在商业言论中的价值。商业言论中受美国宪法第一修正案保护的利益主要有言论表达者的利益、言论接受者的利益以及言论表达过程本身的利益；而商业言论的价值主要为促进言论的自由市场、提升个人的认知能力、实现自我价值等。

关键词：商业言论；司法审查；四步分析

ABSTRACT

This paper demonstrates the attitude of the U.S. judicial circle toward the judicial review of commercial speech regulation by analyzing the U.S. Supreme Court's precedents. With the review of relevant precedents, this paper analyzes the relevant interests and underlying values of commercial speech protected by the First Amendment of the U.S. Constitution.

The first chapter introduces the definition of commercial speech by the U.S. Supreme Court. This section reviews the efforts and achievements of the U.S. Supreme Court on defining commercial speech, and generalizes three crucial factors.

The second chapter demonstrates the standards of judicial review of commercial speech regulation. This section combs the development of standards of judicial review of commercial speech regulation, and briefly introduces the origin and content of the triple standard, the dual-track theory and dual-step theory and the four-step analysis.

The third chapter describes the shift of attitude of the U.S. Supreme Court on the protection of commercial speech. Initially, the Supreme Court refused to provide the protection to the commercial speech. However, the Supreme Court gradually acknowledged its value and gave it the proper protection. Ultimately, the “four-step analysis” was established. This section also demonstrates the adjustment and development of the “four-step analysis” on the issue of promoting special commodities, which, to some extent, reveals the U.S. Supreme Court’s latest attitude towards the judicial review of commercial speech regulation.

The forth chapter analyzes the relevant interests and underlying values of commercial speech protected by the First Amendment of the U.S. Constitution. The relevant interests of commercial speech protected by First Amendment

includes the interests of speaker, the interests of recipients and the interests of expression process; while the underlying values of commercial speech aims at helping build the free market of the speech, enhancing personal recognition and achieving self-realization.

Key Words: Commercial Speech; Judicial Review; Four-step Analysis

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言	1
第一章 美国商业言论的界定	4
第一节 商业言论界定的探索	4
第二节 商业言论界定基准的成型与运用	6
第二章 美国商业言论管制的司法审查基准	9
第一节 三重审查基准	9
一、三重审查基准的形成	9
二、三重审查基准的内容	11
第二节 双轨理论与双阶理论	13
一、双轨理论：基于内容与形式的区分	13
二、双阶理论：基于言论价值的区分	14
第三节 针对商业言论管制的“四步分析法”	15
第三章 美国宪法第一修正案下商业言论保护的发展	17
第一节 商业言论不受保护期的发展	17
一、商业言论保护之萌芽：基于瓦伦丁诉克雷森滕案的探讨	17
二、商业言论保护之酝酿：内容基准的提出与深化	19
第二节 商业言论保护的开启与价值的认可	23
一、商业言论保护之开启：比格罗案对瓦伦丁案的重创	23
二、商业言论价值之认可：“处方药品价格广告案”的跳跃	25
第三节 商业言论管制之司法审查基准的探索	27
一、“处方药品价格广告案”的延续：贝茨案近似绝对保护的严格审查	27
二、奥拉利案的反叛：通向商业言论保护的另一端	28
三、弗里德曼案的折衷：中度审查标准的回归	30

第四节 商业言论管制的审查基准之确立与完善	32
一、商业言论管制之审查基准的确立：“四步分析法”的提出.....	32
二、“四步分析法”的传承与部分修正.....	35
第五节 “特殊商品”广告管制的司法审查	42
第四章 美国商业言论之利益与价值分析	55
第一节 商业言论之受保护利益的分析	55
一、言论表达者之利益.....	55
二、言论接受者之利益.....	56
三、言论传播过程本身之利益.....	57
第二节 商业言论之潜在价值的分析	58
一、商业言论作为言论自由的价值.....	58
二、商业言论的特殊价值.....	60
结 语	62
参考文献	64
致 谢	67

CONTENTS

Introduction.....	1
Chapter 1 The Definition of Commercial Speech of America	4
Subchapter 1 The Exploration of the Definition of Commercial Speech	4
Subchapter 2 The Establishment and Application of the Standards for Definition of Commercial Speech.....	6
Chapter 2 The Standards of Judicial Review of Commercial Speech Regulation	9
Subchapter 1 The Triple Standard	9
Section 1 The Formation of Triple Standard	9
Section 2 The Content of Triple Standard	11
Subchapter 2 The Two Track Theory and The Two Level Theory	13
Section 1 The Two Track Theory: Content and Form-based Distinction	13
Section 2 The Two Level Theory: Value-based Distinction	14
Subchapter 3 The Four-step Analysis against Commercial Speech Regulation	15
Chapter 3 The Development of the Protection of Commercial Speech under the First Amendment.....	17
Subchapter 1 The Era of Expelling to Protect Commercial Speech	17
Section 1 The Rudiment of the Protection of Commercial Speech: Discussion Based on Valentine v.Chrestensen.....	17
Section 2 The Ferment of the Protection of Commercial Speech:The Shift from Motivation to Content.....	19
Subchapter 2 The Start of the Protection and Recognition the Values of Commercial Speech	23

Section 1	The Start of the Protection: the Blow to Valentine by Bigelow	23
Section 2	The Recognition of Values: the Leap of Virginia State Board of Pharmacy.....	25
Subchapter 3	Exploring the Standards of Judicial Review of Commercial Speech Regulation	27
Section 1	The Continuation of Virginia State Board of Pharmacy: Strict Scrutiny with Approximately Absolute Protection of Bates.....	27
Section 2	The Treachery of Ohralik v. Ohio State Bar Association: Leading to the Other Extreme of the Protection of Commercial Speech.....	28
Section 3	The Compromise of Friedman v. Rogers: Retreat to the Intermediate Scrutiny	30
Subchapter 4	The Establishment and Improvement of the Standards of Judicial Review of Commercial Speech Regulation	32
Section 1	The Establishment of the Standards of Judicial Review of Commercial Speech Regulation: Proposing the Four-step Analysis	32
Section 2	The Inheritance and Partial Revise of the Four-step Analysis	35
Subchapter 5	Judicial Review of the Regulation on Advertising for the Special Commodities	42
Chapter 4	The Analysis of the Interests and Values of Commercial Speech of America	55
Subchapter 1	The Analysis of Protected Interests of Commercial Speech....	55
Section 1	The Speaker's Interests	55
Section 2	The Recipients' Interests	56
Section 3	The Process Interests	57
Subchapter 2	The Analysis of Underlying Values of Commercial Speech	58
Section 1	The Values of Commercial Speech as a Speech.....	58
Section 2	The Special Values of Commercial Speech .	

Conclusion	62
Bibliography	64
Acknowledgement.....	67

厦门大学博硕士论文摘要库

引言

2011年10月11日国家广电总局发布了《广电总局关于进一步加强广播电视广告播出管理的通知》（广发〔2011〕79号），该通知细致地规定了对影视剧中间插播广告的行为、新闻节目中插播广告的行为以及违规电视购物广告和虚假违法健康资讯广告的管制措施，并对播放公益广告作了强制要求。其中，通知第二条规定对影视剧前后以及影视剧中间插播广告的次数及时长都作了严格细致的规定；^①第三条规定也对新闻节目中插播广告的行为作了严格的限制。^②上述通知发布后，一时间获得了广大观众的好评，认为即将迎来电视剧的“顺畅”时代。然而，以电视台为主的大众媒体则质疑广电总局的管制面过于宽泛，但更多的是聚焦在上述通知的施行将给电视台带来的经济损失。^③随后，国家广电总局在2011年11月25日印发了《关于贯彻执行〈《广播电视广告播出管理办法》的补充规定〉的通知》（广电总局令第66号），对《广电总局关于进一步加强广播电视广告播出管理的通知》关于影视剧中间插播广告的行为的管制进行了修正，终止了通知第二条规定的执行，而改为禁止在每集电视剧（以四十五分钟计）中间以任何形式插播广告。上述两个规范性文件被媒体统称为“限广令”或“禁广令”。从文件的内容上看，其所称的“广告”主要指向商业广告，其着眼点则在于保障电视观众的影视观感以及电视传播业的秩序，推动公共文化服务体系的发展。

上述“禁令”施行至今，其在维护电视观众的观感上的效果获得了肯定，但也招致部分学者的质疑。其中对“禁广令”的质疑主要是基于市场经济理论，此类观点的核心在于将广告视为高度开放的大众传播市场下的

^① 该条款规定：“非黄金时间每集（以45分钟计）中可以插播2次商业广告，每次时长不得超过1分30秒；黄金时间（19:00至21:00）每集中可以插播1次商业广告，时长不得超过1分钟；插播广告时，应当对广告时长进行提示。同时要做到：（1）禁止在片头之后、剧情开始之前，以及剧情结束之后、片尾之前插播任何广告；（2）在非黄金时间影视剧持续播出时间不少于15分钟、黄金时间影视剧持续播出时间不少于25分钟后，方可依据61号令规定插播商业广告；（3）播出片尾画面以及演职人员表等内容时，禁止播出任何形式的广告。”

^② 该条款规定：“新闻节目中插播广告时，应当安排在不同版块之间的自然间歇段内，不得在整点新闻的整点之后，以及新闻内容结束之后、工作人员字幕前插播广告。时政新闻类节目不得以企业或者产品名称等冠名。不得使用新闻报道及其素材，或以新闻采访形式作商业广告。新闻节目主持人不得为商业广告作形象代言。”

^③ 期间有媒体推算，称广发〔2011〕79号通知的发布将给电视台带来将近200亿元的经济损失。详见：肖小蓓、薛松：广电总局限广令落地电视媒体损失或超200亿元[N].广州日报, 2011-11-29(8).

产物，对社会经济的发展是必不可少的。“禁广令”的施行会对大众传播市场带来冲击，直接导致各大电视台的经济损失。更有人直言，“‘限广令’和‘限娱令’一样，都是严重脱离社会现实的计划性思维下的蛋。”^①当然，在已经进入政府管制时代的今天，此种自由市场经济理论的观点已经难以立足，政府管制在修正市场经济中逐利行为带来的弊端时必不可缺。对“禁广令”的另一种反思，源自媒体的经营自主权。其认为根据宪法第16条规定“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营”，尽管电视媒体是以事业单位的形式存在，但却以企业化的模式运作，广告收入是电视媒体维系其可持续运作的一个重要保证，限制电视媒体插播广告的行为会阻碍其经营策略的选择，并抑制电视产品的制作和供给，最终会影响影视文化传播的质量。^②然而，基于电视媒体在现代生活中几乎无孔不入的事实及其对电视节目受众的强大影响力，以及“对弱者保护”的考量，媒体的自主经营权并不能否定政府对商业广告的管制。上述两种观点代表了大多数对“限广令”质疑的理由，都是从电视媒体的利益出发进行的考量。然而，对于限令针对的对象——商业广告中的利益并没有太多的关注。这或是基于商业广告是广告主借助大众传媒向大众宣传商品或服务以促成交易的一种商业行为，是一种以提供资讯来获取利润的方式。商业广告的牟利性加上近年来一些虚假的或具有误导性的广告对消费者利益的侵害，使得人们潜意识地将商业广告视为有碍大众传播文化发展的不利因素，因而认为对商业广告的限制是毋庸置疑的。其实，上述“限令”并非广电总局首次对商业广告进行的限制，自1997年起广电总局就已经开始对广播电视广告进行管制。^③然而，电视观众的影视观感以及政府管制的必要性是否构成广电总局越发严厉的限制乃至禁止商业广告的正当性理由？^④尤其像广电总局

^① 魏英杰.限广令就是计划思维下的蛋[N].经济观察报,2011-12-05(16).

^② 参见张文祥.政府对广电媒体内容规制的边界——以“限广令”为分析对象[J].青年记者,2012,(9):65.

^③ 1997年2月19日,其时的广播电影电视部发布了《关于进一步加强广播电视广告宣传管理的通知》,在广告内容、广告插播以及广告播放量等方面对电台和电视台进行全面规范;1999年8月23日,国家广播电影电视总局发布了《关于坚决制止随意插播、超量播放电视广告的紧急通知》,严厉禁止电视台随意插播广告和超量发布广告的行为。2003年9月15日国家广播电影电视总局发布的《广播电视广告播放管理暂行办法》(广电总局令第17号)被视为我国最早的广播电视广告法,其对电视广告的内容、种类、播放总量以及广告插播的管理都进行了详细的规定,成为电视广告规制的主要文件。2009年9月10日,国家广播电影电视总局又发布了《广播电视广告播出管理办法》(广电总局令第61号)以取代《广播电视广告播放管理暂行办法》,并在部分内容上进行了修正。

^④ 自2004年1月1日施行《广播电视广告播放管理暂行办法》至今,广电总局对电视剧插播广告的容忍度持续下降,非黄金时段电视剧中插播广告时长的容忍度由2.5分钟(广电总局令第17号),降为1.5分钟(广

“66 号令”这类“面杀伤型”禁令在一定程度上切断了商业广告在电视媒体上的传播渠道，扼杀了商业广告中包含的利益。事实上，商业广告包含了一项非常重要的利益——商业言论自由（commercial speech），而在欧美的一些国家中，商业广告早已纳入（商业）言论自由的范畴，从宪法的高度对其加以保护。美国早在 1942 年的瓦伦丁诉克雷斯顿案中就开启了对商业言论的宪法保护的探讨，^①最高法院围绕商业言论是否获保护及保护的程度和标准展开的探讨经历了五个阶段的发展，至今仍未停息；而联邦德国也通过“禁止医师刊登业务广告案”及“barthold 医师诉联邦德国案”等案件确认了商业言论属于基本法所保护的言论的范畴。^②相比较而言，奉言论自由为圭臬的美国凭借强大的判例法体系，通过案件的累积形成了一套类型化的标准，在商业言论管制的司法审查上更具可操作性和可预见性。因而，美国在保护商业言论上的实践经验，成为众多学者研究商业言论自由问题的重要范本。虽然通过体系解释的方法可将商业言论纳入我国宪法的言论自由条款之内，^③但作为以“控制论”为主导理念的国家，我国在商业广告的管制中持防备和控制的态度，容易忽略商业广告作为一种言论形式背后的个体权利和社会利益。而管理部门也习惯于采取“围堵”的方式规制商业广告，这在某种程度上将堵塞信息传播的渠道，导致多元利益及价值的失衡，且与应先认可人之尊严与自由而后对人之行为进行规制的法律逻辑不相容。为使我国不自外于世界主流法律文明，本文试图通过回顾与分析美国联邦最高法院关于商业言论的判例之发展，展示联邦最高法院探寻商业言论管制的司法审查基准的努力与成果，并归纳商业言论背后的价值与利益，以借它山之石为己鉴，充实我国的宪法内涵，规范商业言论之管制。

电总局令第 61 号），最终降至零（广电总局令第 66 号）；对黄金时段电视剧中插播广告时长的容忍度也由 1 分钟（广电总局令第 61 号）降为零（广电总局令第 66 号）。参见丁汉青：对“限广令”合法性、正当性与有效性的思考[J]，青年记者，2012，(1)：62。

^① 参见赵娟、田雷：论美国商业言论的宪法地位——以宪法第一修正案为中心[J]，法学评论，2005（6）：106。

^② 德国联邦宪法法院的判决认为商业广告中也包含了公众感兴趣的信息，有助于公众的价值判断，故应予以保护。参见[英]克莱尔·奥维、罗宾·怀特：《欧洲人权法：原则与判例（第 3 版）》[M]，何志鹏、孙璐译，北京：北京大学出版社，2006，392。

^③ 有学者主张可通过 93 年宪法修正案确立的社会主义市场经济体制扩张《宪法》第 35 条规定的言论自由条款的保护范围，将商业言论纳入其中。参见：施立栋、陈歆孜、郑磊：“《宪法》释义暨转型期宪法解释”学术研讨会综述[J]，浙江社会科学，2011，(8)：150-151。

第一章 美国商业言论的界定

对商业言论的界定，是考察商业言论保护的先决问题。一项言论是否获得保护以及获得何种程度的保护，都取决于法院对该种言论的界定。从历史上看，尽管美国关于商业言论保护的司法实践已有七十余年，但在认定“纯粹商业广告行为”时，最高法院至今仍无法在商业言论与非商业言论之间划出精确的界限，对商业言论的概念的定义也始终处于摇摆不定的状态，以致最高法院最终放弃了定义的努力。即便如此，我们还是能从最高法院的判决意见中描绘出商业言论的大致轮廓。

第一节 商业言论界定的探索

早期阶段，于 1942 年的瓦伦丁诉克雷斯滕案^①，联邦最高法院虽将上诉人的行为认定为“纯粹商业广告行为”，但在判决中却难觅“商业言论”的踪迹，更勿论对商业言论的定义。我们仅能通过法院在判决中将上诉人的广告行为描述为“在街上追逐利益的事务”，而把商业言论界定为以追求商业利益为主要动机的言论。尽管由本案奠定的界定商业言论的基准在很长一段时期内成为法院界定商业言论的标杆，然而基于一些传统的受宪法第一修正案保护的言论在特定情形下也可能出于谋求商业利益的动机，因而这种界定商业言论的方法日益遭受质疑。

随着司法实践的深入，以“首要目的”（primary purpose）为核心界定基准的理论壁垒在 1964 年的纽约时报诉沙利文案^②中第一次被打破。对于纽约时报刊发的付费广告，联邦最高法院认为虽受商业利益的驱使，且以寻求资金援助为目的，但广告传递的信息包含了最高的公共利益，这是政治信息而非商业信息，不能因有逐利的动机就将其视为商业言论。尽管本案主要针对的是非商业性的言论，但本案区分所涉言论的方式上为界定商业言论提供了一个新的维度——言论的内容。对某项言论是否属于商业言

^① Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52(1942).

^② New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254(1964).

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库